FLÁVIA PIOVESAN

TEMAS DE DIREITOS HUMANOS

Prefácio de Fábio Konder Comparato

3ª edição

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Av. Marquês de São Vicente, 1697 – CEP 01139-904
Barra Funda – São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax)
SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688 (outras localidades)
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-07383-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Piovesan, Flávia
Temas de direitos humanos / Flávia Piovesan. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

Bibliografia.

1. Direito constitucional 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título.

08-07035 CDU-347.121.1:341:342

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos humanos e direito constitucional internacional 347.121.1:341:342

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Thiago Marcon de Souza
Produção editorial Ligia Alves
Clarissa Boraschi Maria Coura
Estagiário Vinicius Asevedo Vieira
Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy
Bernardete Rodrigues de Souza Maurício
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Lídia Pereira de Morais
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
Regina Machado
Denise Pisaneschi
Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa
Carla Cristina Marques
Ana Paula Mazzoco

[DATA DE FECHAMENTO DA EDIÇÃO: 2-9-2008.]

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Capítulo 16

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL*

Flávia Piovesan, Beatriz Pereira da Silva
e Heloisa Borges Pedrosa Campoli

1. Introdução

O objetivo deste capítulo é apresentar uma análise sobre a proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao longo deste, verificar-se-á que, a despeito da existência de vasta legislação e inúmeros programas governamentais, este grupo ainda não consegue ver concretizados seus direitos fundamentais e, apesar de um desempenho positivo do Poder Judiciário, o acesso à justiça ainda se mostra restrito.

Este estudo inicia-se com o desenvolvimento histórico do tema nas Constituições brasileiras, com destaque à Carta de 1988, para, em seguida, dedicar-se aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Passa-se, então, à análise da legislação federal, dos programas governamentais e da jurisprudência, para que, finalmente, sejam desvendados os principais obstáculos ao acesso deste grupo ao Poder Judiciário.

2. A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência nas Constituições Brasileiras

Organismos internacionais estimam haver hoje no mundo aproximadamente 600 milhões de pessoas com deficiência, isto é, cerca de 10% da popu-

---

* Este capítulo é baseado na pesquisa A *Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência nos Planos Interno e Internacional*, desenvolvida com o auxílio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), tendo por orientadora Flávia Piovesan e como orientandas Beatriz Pereira da Silva e Heloisa Borges Pedrosa Campoli (advogadas).

lação mundial[1]. Na América Latina e no Caribe, estima-se que sejam ao menos 50 milhões de pessoas, 82% das quais vivendo na pobreza. No Brasil, 14,5% da população tem deficiências[2]. Segundo dados do censo demográfico do IBGE de 2000, 24,5 milhões de brasileiros convivem com algum tipo de deficiência permanente, inclusive alguma dificuldade permanente de enxergar, ouvir e caminhar. Este expressivo número de brasileiros(as) vem sendo apartado(a) da vida social e, apenas recentemente, recebeu proteção constitucional.

A história constitucional brasileira revela que dispositivos específicos acerca dos direitos das pessoas com deficiências somente puderam ser observados a partir de 1978, com a edição da Emenda Constitucional 12/78, que representou um marco na defesa desse grupo. Seu conteúdo pode ser considerado abrangente, uma vez que compreendia os principais direitos das pessoas com deficiência (educação, assistência e reabilitação, proibição de discriminação e acessibilidade). No entanto, a eficácia desta norma ficou comprometida pelo regime ditatorial, que limitou significativamente os direitos e garantias individuais.

A Carta de 1988, marco de transição para o regime democrático, manteve os direitos que já eram previstos na Emenda Constitucional 12/78, conferindo-lhes maior detalhamento e especificidade, bem como fixando as atribuições executivo-legislativas de cada ente federativo.

Vale destacar que o momento histórico de 1988 favoreceu a participação democrática das associações "de/para" deficientes[3] no processo de elaboração da Carta Magna, o que permitiu a ampla incorporação dos direitos então reivindicados por este grupo. Ressalte-se, ainda, que a Constituição sofreu a

---

[1] UNHCHR, Disability. Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/issues/disability>.

[2] World Bank, *Latin America: World Bank Calls for Action on Disability and Poverty, as World Celebrates International Day of Disabled Persons on Friday*, Dec 2, 2004. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTSOCIALPROTECTION/EXTDISABILITY/0,content MDK:20288725~menuPK:282704~pagePK:64020865~piPK:149114~theSitePK:282699,00.html>. Sobre o tema, consultar Daniela Ikawa, *Direitos das pessoas com deficiência*, mimeo.

[3] Em outubro de 1986, uma reunião nacional preparou um documento encaminhando 14 propostas para servir de subsídio à nova Carta. O documento foi ratificado em 1987 em Brasília e encaminhado sob a forma de emenda popular, apoiada por 33 mil assinaturas e entregue em 13 de agosto de 1987 ao Congresso Nacional Constituinte. AKASHI, Lucy Tomoko. O *cidadão e a lei*: o caso específico da pessoa portadora de deficiência, tese apresentada para obtenção do título de mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1992.

influência e o impacto de um movimento crescente de tutela da pessoa com deficiência no âmbito internacional[4].

A Carta brasileira de 1988, ao revelar um perfil eminentemente social, impõe ao poder público o dever de executar políticas que minimizem as desigualdades sociais e é neste contexto que se inserem os sete artigos constitucionais[5] atinentes às pessoas com deficiência. Esses dispositivos devem ser aplicados de modo a consagrar os princípios da dignidade humana, da igualdade, da cidadania e da democracia. Vale dizer, a elaboração legislativa, a interpretação jurídica e o desenvolvimento das atividades administrativas devem se pautar por esses princípios, a fim de alcançar o ideal de uma sociedade mais justa, democrática e igualitária.

Destacam-se, ainda, nesta Constituição significativas inovações que são garantias adicionais para concretizar os direitos fundamentais, como a aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos[6] (que alcançaram o *status* de cláusula pétrea[7]), os instrumentos de combate à omissão dos Poderes Públicos (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão[8]); e a consagração dos direitos coletivos e difusos, com os instrumentos processuais próprios (constitucionalização da ação civil pública e mandado de segurança coletivo[9]), de forma a ampliar o alcance da tutela jurisdicional.

Com a Constituição Federal de 1988 verificam-se, portanto, relevantes avanços no plano normativo, reconhecidos, inclusive, pelos próprios interessados. Todavia, passados anos de vigência desta Carta, mesmo com a previsão especificada dos direitos das pessoas com deficiência, bem como dos instrumentos garantidores desses direitos, a violação subsiste e a concretização dos dispositivos constitucionais ainda constitui meta a ser alcançada.

---

[4] A Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Em 1982, foi aprovado o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência (pela Resolução n. 37/52) e o período de 1983-1992 (Resolução n. 37/53) foi considerado a Década das Nações Unidas para as Pessoas Portadoras de Deficiência.

[5] Art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 227, § 1º, II e § 2º e art. 244.

[6] Art. 5º, § 1º.

[7] Art. 60, § 4º.

[8] Art. 5º, LXXI, e art. 103, § 2º, respectivamente.

[9] Art. 129, III, e art. 5º, LXX, respectivamente.

O problema reside na falta de efetividade das referidas normas, pois nem o Poder Público nem a sociedade em geral possuem sensibilidade suficiente para lidar com a realização dos direitos das pessoas com deficiência[10]. Com efeito, a eficácia de uma Constituição depende do modo como ela é cumprida, do grau de introjeção do chamado "sentimento constitucional". A Constituição, por si própria, é tão-somente um instrumento, não tendo condições de conformar a realidade social a seu modelo. Para tanto, faz-se fundamental a efetiva implementação de sua força normativa, pelos diversos atores sociais, o que compreende uma cultura vigilante e praticante da Constituição, por meio de uma cidadania popular ativa e combativa, bem como da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, um dos principais responsáveis pelo cumprimento da Lei Maior.

3. A Proteção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência

No âmbito internacional, constata-se a emergência de uma ética universal visando ao respeito, à integração e à proteção das pessoas com deficiência, tônica que marca os instrumentos gerais e especiais de proteção.

A proteção das pessoas com deficiência nesta esfera reflete o processo denominado especificação do sujeito de direitos, em que, segundo Norberto Bobbio, "o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc."[11]. São, desta forma, considerados critérios de diferenciação como sexo, idade, condição física, dentre outros, que passam a demandar um tratamento especializado[12]. É o caso, por exemplo, das Declarações dos Direitos da Criança, dos Direitos do Deficiente Mental (1971), dos Direitos das Pessoas Defi-

---

[10] A título ilustrativo, note-se que as calçadas estão completamente ocupadas por degraus, bancas de jornal, postes e buracos, o que evidencia a falta de planejamento racional do espaço urbano, a fim de permitir o acesso e a circulação da pessoa com deficiência pela cidade, não obstante a Constituição prever a adaptação de logradouros. Ademais, a imprensa noticia que cegos são impedidos de administrar sua própria conta bancária, surdos não podem andar de ônibus gratuitamente, nem ir à universidade por falta de intérprete (SANTIAGO, Carlos Henrique. País ainda ignora direitos dos deficientes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28-3-2000, Caderno São Paulo, p. 4).

[11] BOBBIO, Norberto. A *era dos direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 69

[12] BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 69.

cientes (1975), da Convenção 159/83 da OIT e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Com efeito, a Declaração dos Direitos da Criança, ao consagrar dez princípios, refere-se no quinto princípio à criança "incapacitada física, moral ou socialmente", à qual devem ser garantidos tratamento, educação e cuidados especiais que sua condição exigir. A Convenção dos Direitos da Criança, por sua vez, ratificada pelo Brasil em 1990, em seu artigo 23 trata especificamente da criança com deficiência, à qual devem-se proporcionar condições que favoreçam sua autonomia e facilitem sua plena integração na comunidade. Dentre outros, tem direito a receber cuidados especiais, educação, capacitação, preparação para o emprego.

A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, primeiro instrumento específico sobre pessoas com deficiência, datado de 1971, consolida um parâmetro protetivo mínimo, contendo princípios gerais a serem observados. Nela são apresentados os direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental, a saber: direito ao tratamento isonômico, à educação e à capacitação profissional, ao atendimento médico especializado, à reabilitação, a exercer uma atividade produtiva, a viver em família, a ser protegida contra explorações, abusos ou tratamentos degradantes e a ser assistida em processos judiciais. Importa ressaltar que a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes revelou pontos considerados inovadores em relação aos demais documentos já descritos. Um deles é o artigo 8º, que recomenda que as necessidades especiais deste grupo sejam levadas em consideração nas atividades de planejamento econômico e social do país. O artigo 12, explicitamente, menciona as ONGS das pessoas com deficiência como valiosa fonte de consulta no que tange aos seus direitos e o artigo 13 destaca a importância do direito à informação.

A Convenção 159/83 da OIT determina que cada país membro formule e aplique uma Política Nacional sobre Reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. A reabilitação deve permitir que a pessoa com deficiência obtenha e conserve um emprego, progrida nele e consiga se integrar na vida social. Tal política deve ser fundamentada no princípio da igualdade de oportunidades entre trabalhadores portadores de deficiência e trabalhadores em geral. A Convenção recomenda ainda ações afirmativas, bem como a participação da sociedade civil no desenvolvimento/aplicação de políticas públicas.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU em 2006, bem como a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra pessoas com deficiência,

adotada pela OEA em 1999, apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental ou sensorial, permanente ou temporária, que limita o exercício de direitos e que pode ser causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. A inovação está no reconhecimento explicíto de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência.

Já o conceito de discriminação, inspirado em Convenções anteriores (como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965), envolve toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo impedir ou obstar o exercício pleno de direitos. Ambas as Convenções contemplam as vertentes repressiva (atinente à proibição da discriminação) e promocional (atinente à promoção da igualdade), no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

O propósito maior destes instrumentos internacionais é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos.

Frisa ainda a Convenção da ONU que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem. Os Estados estão obrigados a consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando da elaboração e implementação de leis e medidas para efetivar a Convenção e outras políticas que impactem suas vidas. Oito são os princípios inspiradores desta Convenção: a) respeito à dignidade, autonomia individual para fazer suas próprias escolhas e independência pessoal; b) não discriminação; c) plena e efetiva participação e inclusão social; d) respeito às diferenças e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; e) igualdade de oportunidades; f) acessibilidade; g) igualdade entre homens e mulheres; h) respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos destas crianças de preservar sua identidade.

Dentre os direitos enunciados, destacam-se os direitos à vida, ao igual reconhecimento perante a lei, ao acesso à justiça, à liberdade, à segurança e à integridade pessoal, à liberdade de movimento, à nacionalidade, à liberdade de expressão e opinião, ao acesso à informação, ao respeito à privacidade, à mobilidade pessoal, à educação, à saúde, ao trabalho, à participação política, à participação na vida cultural, a não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a não ser submetido à exploração, abuso ou vio-

lência. São, assim, consagrados direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, na afirmação da perspectiva integral dos direitos humanos.

Estes instrumentos internacionais consolidam, deste modo, parâmetros protetivos mínimos no que se refere aos direitos das pessoas com deficiência, a serem seguidos pelos Estados na ordem internacional e pelas suas respectivas ordens locais.

Insista-se: todos estes instrumentos revelam o "processo de especificação do sujeito de direito". Não se trata apenas de proteger os direitos de uma pessoa enquanto tal, por sua dignidade inerente, mas de garantir um tratamento diferenciado e especial a todo um grupo de pessoas em iguais condições, próprias e específicas, que leve em consideração suas peculiaridades e suas necessidades essenciais.

No plano internacional, gradativamente, são elaborados parâmetros protetivos mínimos para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Esses parâmetros devem ser somados aos parâmetros constitucionais, visando a mais efetiva e eficaz proteção à pessoa com deficiência. Ressalte-se que os comandos da Constituição Federal de 1988, capazes de incorporar as reivindicações das pessoas com deficiência, encontram-se em absoluta consonância com os parâmetros protetivos mínimos do campo internacional, cabendo aos operadores do direito potencializar e otimizar o uso estratégico destes instrumentos para a plena observância dos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, se no passado a pessoa com deficiência era alijada da vida social com naturalidade[13], as transformações sociais e o desenvolvimento de novas tecnologias propiciaram a crescente participação deste grupo e, com ela, suas demandas, anseios e reivindicações.

Com efeito, a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência demarca quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência

[13] Em Esparta, nos séculos IX a VII a.C., uma deficiência física implicava a condenação da criança à morte. No Brasil do século XVI, por exemplo, quase todos os hospitais de misericórdia mantinham a chamada Roda dos Expostos, onde recém-nascidos com deformidades podiam ser colocados para ser criados em orfanatos ou conventos, à margem da sociedade. AKASHI, Lucy, op. cit., 1992. Outro exemplo curioso aparece no art. 71 da Carta de 1891, que associa direitos do cidadão à capacidade física do indivíduo: "Art. 71. Os direitos de cidadãos brasileiros só se suspendem, ou perdem nos casos aqui particularizados: § 1º por incapacidade física ou moral". A própria Constituição "legitimava" a discriminação das pessoas com deficiência.

era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nesta quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação.

Transita-se, agora, à análise do modo pelo qual os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tutelam os direitos das pessoas com deficiência, à luz da experiência brasileira.

4. O Poder Legislativo e a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

No âmbito infraconstitucional, a legislação federal[14] é satisfatória, na medida em que abarca praticamente todos os direitos da pessoa com deficiência e prevê a criação de instituições para elaborar e implementar políticas, programas, planos e projetos referentes aos seus principais direitos.

O assunto que maior atenção mereceu por parte dos legisladores brasileiros foi a inserção laboral da pessoa com deficiência, em conformidade com os comandos constitucionais pertinentes aos valores do trabalho e da dignidade humana.

Existem, todavia, algumas lacunas a serem preenchidas, tais como normas sobre combate à exploração, assistência à família e acessibilidade para portadores de deficiência sensorial (já que grande parte das leis existentes refere-se à deficiência motora).

Além destas omissões, constata-se que a legislação federal é abundante e dispersa; tem sido elaborada sem a participação da sociedade civil e a falta de fiscalização tem limitado sua eficácia.

---

[14] Foram analisadas as seguintes normas: Lei n. 7.853/89; Decreto n. 3.298/99; Lei n. 10.098/2000, Lei n. 10.048/2000; Lei n. 8.069/90; Lei n. 9.394/96; Lei n. 8.112/90; Lei n. 8.212/91; Lei n. 8.213/91; Decreto n. 129/91; Lei n. 7.070/82; Lei n. 8.686/93; Lei n. 8.742/93; Decreto n. 1.744/95; Código Civil, Lei n. 7.713/88; Lei n. 8.989/95; Lei n. 3.144/95; Lei n. 8.383/91; Lei n. 7.405/85; Lei n. 8.160/91; Lei n. 8.899/94; Decreto n. 3.691/2000; Lei n. 5.620/70; Lei n. 7.113/83; Lei n. 9.608/98; Decreto n. 2.536/98.

5. O Poder Executivo e a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

No que tange à atuação governamental, nota-se que as esferas federal, estadual e municipal contemplam programas nas áreas de educação, saúde, trabalho e previdência, lazer e acessibilidade, o que indica a existência de uma mudança em curso. Com efeito, há alguns anos as questões relativas a este grupo sequer eram mencionadas. A previsão de programas denota uma gradual incorporação da causa das pessoas com deficiência na agenda governamental, reflexo dos avanços constitucionais.

Entretanto, títulos de programas não são indicativos de respeito aos direitos das pessoas com deficiência. A exemplo do que ocorre com a legislação, os inúmeros programas e políticas públicas existentes[15] são elaborados sem a consulta e participação da sociedade civil (ou com participação fictícia) e não são implementados. Na opinião de entidades representativas dos direitos das pessoas com deficiência[16], a falta de implementação deve-se ao abismo entre as propostas de governo e sua execução, seja por motivos políticos, seja pela ausência de capacitação e sensibilidade dos agentes estatais incumbidos de executá-las.

Além da ausência de implementação, outros problemas foram indicados pelas associações: a lentidão na regulamentação das leis; o descumprimento das decisões judiciais; a omissão e negligência com relação às pessoas com deficiência; e o jogo de "empurra-empurra" de responsabilidades entre a União, os Estados e os Municípios.

---

[15] Na esfera federal tem-se: Programa Nacional de Direitos Humanos; Programa de Qualificação de Trabalhadores para Pessoas Portadoras de Deficiência; Programa Nacional de Capacitação de Recursos Humanos; Programa Nacional de Informática na Educação; Política Nacional de Assistência Social e Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. No âmbito do Governo Estadual: Programa de Atendimento da Pessoa Portadora de Deficiência; Programa de Apoio à Pessoa Portadora de Deficiência no Mercado de Trabalho; Serviço de Apoio Pedagógico Especializado; Programa Estadual de Direitos Humanos. No Governo Municipal: Plano Municipal de Direitos Humanos e Cidadania; Serviço de Atendimento Social. Existem, ainda, os Conselhos da Pessoa Portadora de Deficiência e os Conselhos formados por portadores de deficiência nas três esferas de governo (CONADE, CEAPPD, CMPD).

[16] Ao longo desta pesquisa foram entrevistados quatro representantes de reconhecidas organizações não-governamentais de caráter nacional (Fundação Dorina Nowill, Associação de Deficientes Visuais — ADEVA, Associação Brasileira de Portadores de Síndrome de Talidomida — ABPST e Centro de Informação e Documentação do Portador de Deficiência — CEDIPOD). Anote-se que foi dada preferência às entidades formadas por pessoas com deficiência, por se acreditar que estas são mais representativas para responder às questões formuladas. Foi elabo-

O testemunho dos entrevistados faz concluir que o maior devedor para a causa das pessoas com deficiência é o Estado, na medida que não cumpre com as atribuições que lhe são devidas[17] e que não exerce seu poder de fiscalização.

6. O Poder Judiciário e a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

Ao longo deste capítulo, foi estudada uma amostra de 204 julgados, proferidos pelos Tribunais Estaduais das Regiões Sul e Sudeste (com exceção do Estado de Minas Gerais) e pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), no período de outubro de 1988 a janeiro de 2001, coletados nos *sites* oficiais destes órgãos e em revistas jurídicas especializadas[18]. A investigação acerca da proteção judicial dos direitos das pessoas protadoras de deficiência apresentou duas vertentes: uma quantitativa e uma qualitativa. Na primeira buscou-se identificar a autoria, o assunto, o tipo de ação e a decisão judicial. A pesquisa qualitativa buscou detectar os principais argumentos sustentados pelo Poder Judiciário (de São Paulo e dos Tribunais Superiores) em decisões judiciais exitosas e não exitosas concernentes à tutela dos direitos das pessoas protadoras de deficiência.

O estudo das decisões judiciais pretendeu delinear um quadro a respeito do modo pelo qual as pessoas com deficiência se relacionam com o Poder Judiciário na busca de seus direitos, os principais instrumentos utilizados, os assuntos mais pungentes, a resposta jurisdicional que têm recebido e os principais argumentos para obstar ou consagrar os seus direitos.

A análise revelou que, com relação à autoria, a atuação do indivíduo portador de deficiência é preponderante para o ingresso de ações perante o Poder Judiciário. No Estado de São Paulo 82% das ações estudadas foram propostas por particulares. O mesmo se verificou nos Tribunais Superiores: no Superior Tribunal de Justiça 97% das ações foram propostas em 1º grau por particulares e no Supremo Tribunal Federal este índice corresponde a 64%.

---

rado um roteiro de questões a respeito dos principais problemas detectados em cada um dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

[17] É interessante observar que o art. 14 do Decreto n. 3.298/99 prevê a possibilidade de a CORDE provocar a iniciativa do Ministério Público, provendo-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da Ação Civil de que trata a Lei n. 7.853/89, indicando-lhe os elementos de convicção.

[18] A saber: *Revista dos Tribunais*; *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*; *Jurisprudência do Tribunal de Justiça* — LEX; *Revista do Superior Tribunal de Justiça*; *Revista do Supremo Tribunal Federal*; *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Note-se que foram excluídas as decisões proferidas em ações penais, que fugiam ao escopo do estudo.

A constatação da ínfima participação das associações na luta pelos direitos das pessoas com deficiências no Poder Judiciário foi surpreendente. Em São Paulo, por exemplo, as associações apareceram como autoras de 1% das ações analisadas. Estes dados revelam que a perspectiva dos direitos das pessoas com deficiência como direitos difusos ou coletivos é incipiente. As razões desta baixa participação estão relacionadas com a dificuldade de acesso à Justiça, como se verá adiante.

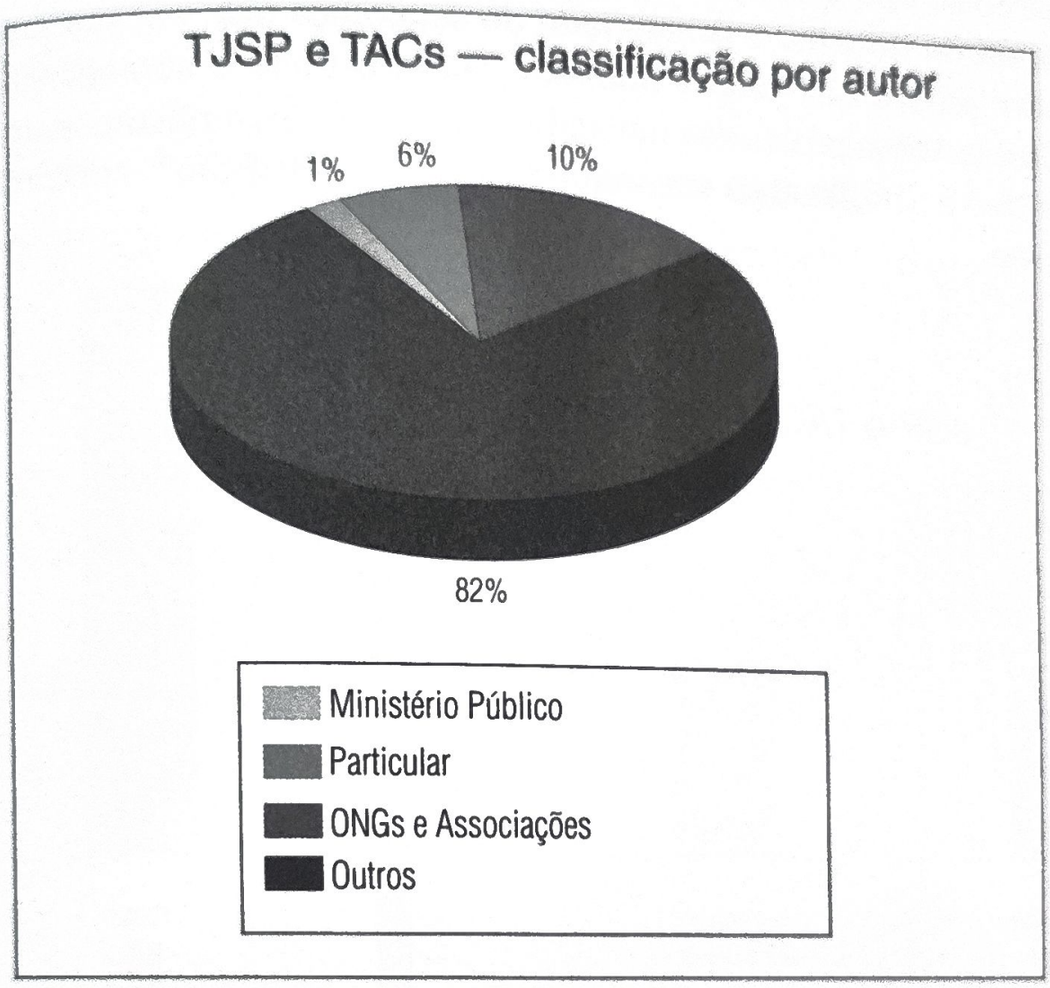

Gráfico 1 — TJSP e TACs — ações classificadas por autor.

Inesperada também foi a reduzida participação do Ministério Público no pólo ativo das ações. Em São Paulo, esta instituição promoveu apenas 10% do total de ações estudadas, normalmente ações civis públicas.

Confirmando a percepção dos entrevistados, a Administração Pública[19], a quem compete promover as políticas de integração, é o ente que mais ocupa o pólo passivo das ações. Apresenta, normalmente, a mesma linha de

[19] Por Administração Pública entende-se, principalmente, as Fazendas Públicas Estadual e Municipal e o INSS.

argumentação para negar os direitos das pessoas com deficiência: a) a impossibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a implementar programas, em face do princípio da autonomia dos poderes; b) o exercício das funções administrativas de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade; c) a ausência de recursos materiais e a necessidade de previsão orçamentária para as despesas; e, por fim, d) o entendimento de que as normas constitucionais em questão são programáticas.

Quanto ao tipo de ação, as mais freqüentes são as ações indenizatórias por acidente de trabalho e o mandado de segurança que, em sua maioria, versa sobre acesso aos cargos públicos. Não obstante a abrangência dos efeitos das decisões proferidas em ações civis públicas verificou-se um baixo índice deste tipo de ação em segundo grau de jurisdição[20], contrariando expectativas.

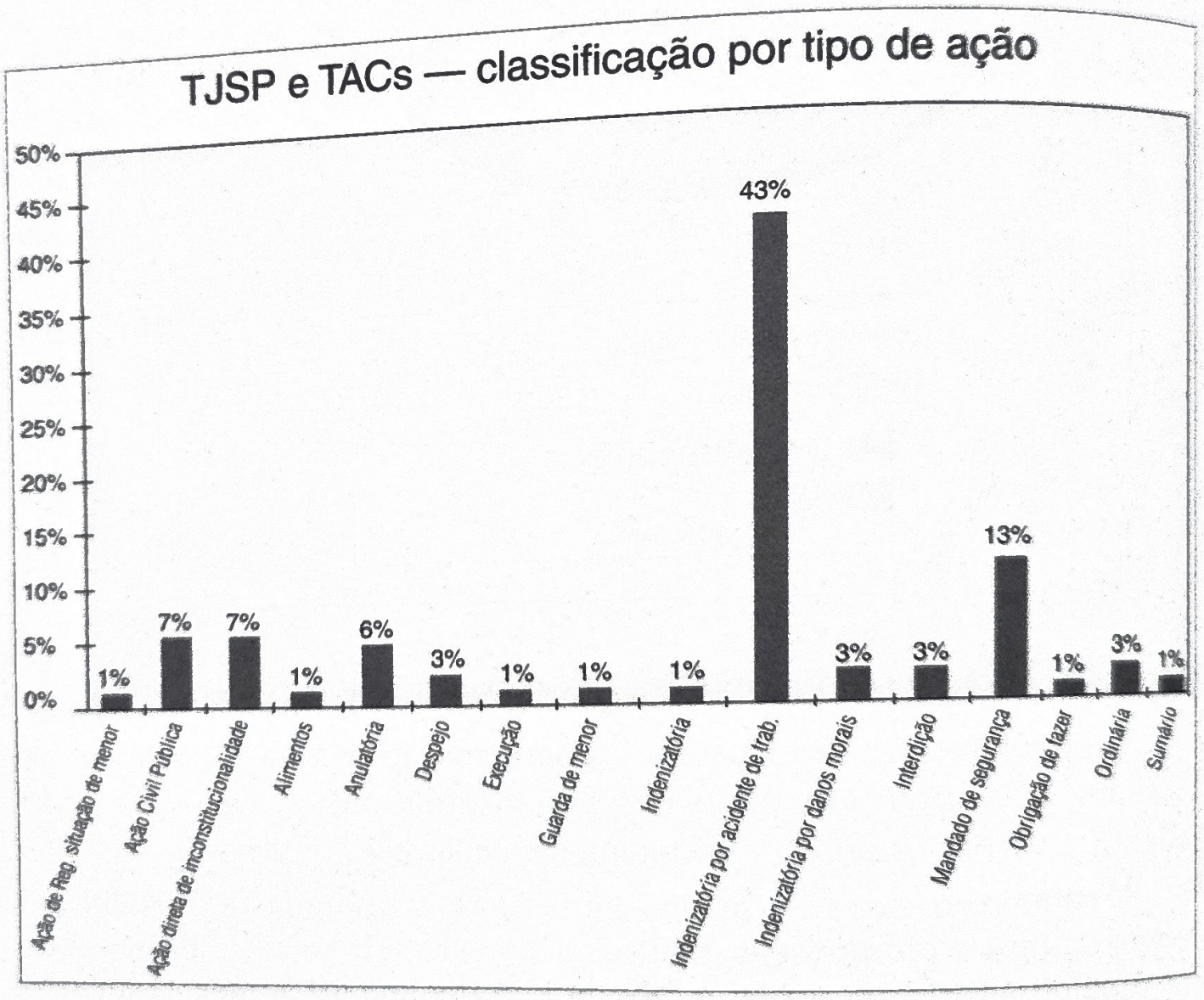

Gráfico 2 — TJSP e TACs — classificação por tipo de ação.

[20] Em São Paulo, por exemplo, tem-se o percentual de 7%, todas propostas pelo Ministério Público.

O assunto predominante nos Tribunais Superiores é o direito ao trabalho e à previdência social. No Supremo Tribunal Federal este assunto corresponde a 55% da amostra, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça corresponde a 58%. Em ambos os Tribunais o principal tema, dentro deste assunto, é a obtenção do benefício da renda mensal vitalícia, prevista no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 8.742/93. Em São Paulo, de igual forma, o assunto predominante foi o direito ao trabalho e à previdência social (45%)[21].

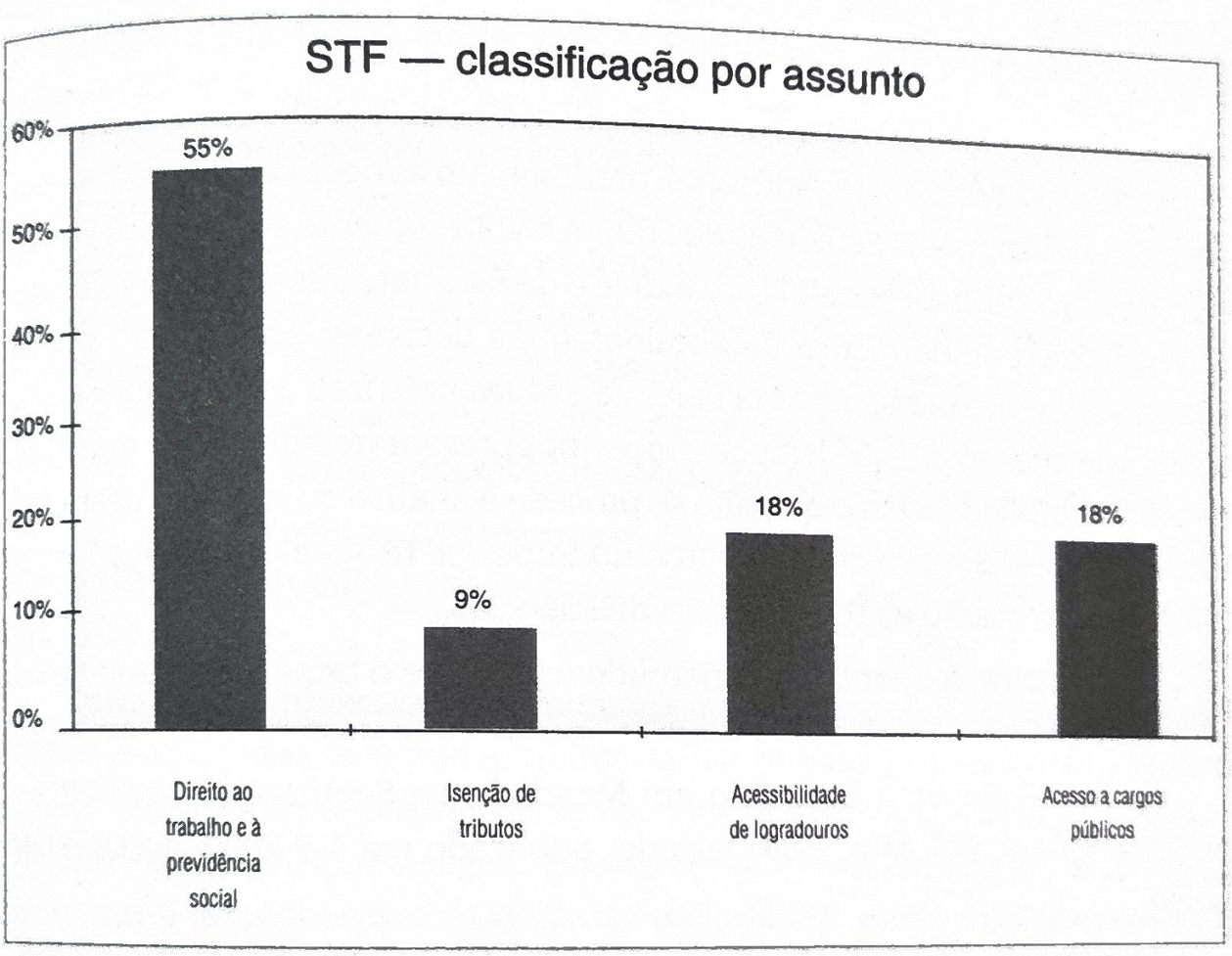

Gráfico 3 — STF — classificação por assunto.

[21] O grande número de ações sobre direito ao trabalho e à previdência social compreende ações indenizatórias por acidente de trabalho. Isso pode ser reflexo do maior conhecimento destes direitos, em virtude de campanhas realizadas pelos sindicatos trabalhistas.

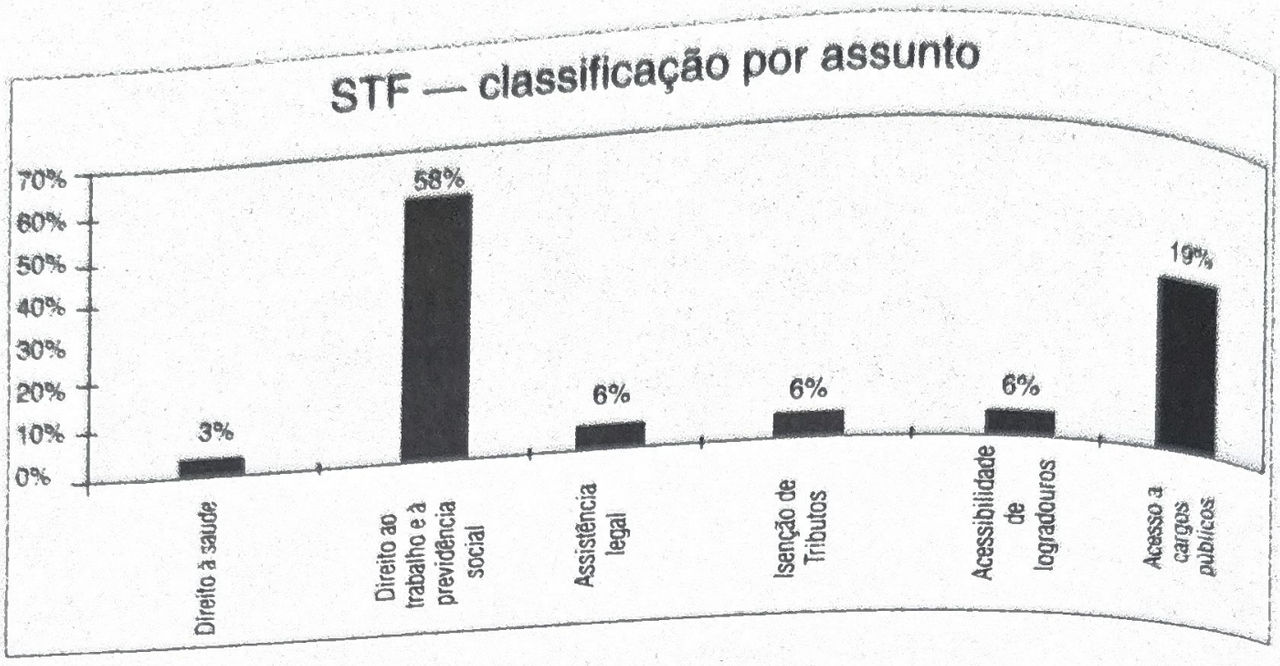

Gráfico 4 — STJ — classificação por assunto.

Quanto à resposta jurisdicional, predominam as decisões favoráveis. Em São Paulo os Tribunais Estaduais decidiram favoravelmente em 75% dos casos. No Supremo Tribunal Federal este índice é de 64%. Interessante notar que no Superior Tribunal de Justiça predominaram as decisões em que não houve análise do mérito (48%). Isto em parte se explica pelo fato de que muitas das ações que chegam a este Tribunal Superior apresentam falhas nos quesitos de admissibilidade, sem o que não se procede à análise do mérito. Afastadas estas decisões, 35% dos julgamentos no Superior Tribunal de Justiça foram favoráveis no mérito às pessoas com deficiências.

Para ilustrar a orientação jurisprudencial sobre o tema, destacam-se os seguintes casos:

1) STJ — Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 11183/PR — 1999/0083884-0. Rel. Min. José Delgado, publicado em 4-9-2000, no *Diário de Justiça*.

Trata-se de mandado de segurança impetrado no Estado do Paraná por uma pessoa portadora de esclerose lateral amiotrófica — ELA[22], contra ato do Secretário de Estado de Saúde, que negou o fornecimento do medicamento Riluzol — único recomendado para o tratamento da doença e extremamen-

[22] A ELA é uma doença neurodegenerativa, progressiva e irreversível que conduz à atrofia muscular progressiva. Caracteriza-se pela degeneração das células da medula espinhal, causando lesões em neurônios motores superiores e inferiores e certos núcleos motores do tronco cerebral, levando à paralisia bulbar e, via de conseqüência, à insuficiência respiratória. Os pacientes necessitam de cuidados diários e constantes.

te caro. O Tribunal de Justiça denegou a segurança e os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso ordinário. Este Tribunal compeliu o governo do Paraná a fornecer o remédio indicado para o tratamento da doença, entendendo que "apesar de haver outros direitos assegurados no art. 5º, *caput*, da CF 88 — direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade — há uma notória preponderância do valor a ser salvaguardado: o direito à vida". Nesse sentido, alertou o Ministro Relator que a vida é o mais precioso bem e sem ela os demais valores socialmente reconhecidos não têm o menor significado ou proveito. Logo, "a ausência de formalidade burocrática não poderia constituir óbice para impedir a concessão da medida, diante da gravidade e urgência da situação. (...) a existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos voltados para o homem".

Sobre os argumentos do governo do Paraná — de que o fornecimento do medicamento implicaria desestabilização do Estado de Direito, quebra orçamentária, anarquia dos poderes, e falência institucional —, o Superior Tribunal de Justiça os considerou inconsistentes e reveladores do total desprezo do direito à saúde por parte das autoridades públicas encarregadas no País. Segundo este Tribunal, estas seriam teses jurídicas de custosa credibilidade, utilizadas para negar à recorrente o sagrado direito de sobrevivência.

2) STJ — Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9613/SP — 98/00228376. Rel. Min. José Delgado, publicado em 1º-7-1999, no *Diário de Justiça*.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Deputada Estadual Célia Leão, a fim de adequar a tribuna da Assembléia Legislativa de São Paulo aos deputados portadores de deficiência. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a segurança sob o argumento de que "a Lei assegura o acesso a logradouros e edifícios de uso público e não especificamente a uma parte ou dependência destes locais, como no caso em tela". Os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso, determinando as modificações arquitetônicas necessárias.

Como bem salientado no acórdão, desde a Emenda Constitucional 12/78 já existia a obrigação de proceder às adaptações necessárias para permitir o acesso às pessoas com deficiência, sem embargo do art. 280 da Constituição Estadual. Por óbvio, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo não estava excluída deste dever, ou "será que as regras da Constituição Estadual votadas e aprovadas pela Casa Legislativa Paulista, inquestionável espelho da vontade de inúmeros cidadãos, dentre eles aqueles que são portadores de

algum tipo de deficiência, não se aplicam à própria Assembléia Legislativa? (...) não cabe prevalecer, diante da garantia constitucional, o alijamento do deficiente pela recusa de que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária".

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça refutou a idéia de que as adaptações não seriam exigíveis a edifícios já construídos, sob o argumento de tratar-se "de preceito de ordem pública, que se sobrepõe aos interesses privados e mesmo às situações jurídicas já constituídas. Todas as edificações existentes, destarte, estarão obrigadas a se adequar à nova regra, pois não há que se falar em direito adquirido diante de um preceito de ordem pública".

Da análise das decisões judiciais, cabe atentar que, lamentavelmente, não se verificou qualquer menção aos tratados internacionais que versam sobre os direitos das pessoas com deficiências nos acórdãos paulistas e dos Tribunais Superiores[23]. Por outro lado, é louvável perceber que os Tribunais recorrem com mais freqüência aos artigos da Constituição do que às normas federais e estaduais para fundamentar suas decisões. Este fato revela a força e o alcance da Constituição Federal de 1988 e corrobora as considerações anteriores, de que esta representou um marco na defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Indica, outrossim, que a argumentação de que tais normas seriam apenas programáticas é totalmente descabida, detendo o intuito de esvaziar a força normativa da Constituição e o seu potencial transformador.

Os resultados coletados com o estudo da jurisprudência vieram, ainda, a afastar a visão cética sobre o posicionamento do Poder Judiciário nestas questões, na medida em que, na significativa maioria dos casos, as demandas veiculadas são acolhidas por este Poder. Porém, para que as decisões favoráveis, como as transcritas anteriormente, sejam proferidas, é indispensável ampliar o grau de provocação deste Poder. É justamente neste aspecto que reside a maior dificuldade dos indivíduos e grupos portadores de deficiência, conforme será enfocado a seguir.

7. O Acesso à Justiça e as Pessoas com Deficiência

O acesso à justiça constitui uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos e está previsto no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como no art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição

[23] Isto não significa que estes tratados não possam ter sido invocados nas petições iniciais. Mas apenas demonstra que não constituíram fundamentação das decisões destes Tribunais.

Federal da República do Brasil. Representa, ao mesmo tempo, um direito e uma garantia de direitos e sua inclusão nos textos constitucionais decorre da idéia de igualdade, mais especificamente da igualdade de oportunidades.

Habitualmente, a expressão "acesso à justiça" é utilizada como a possibilidade de acesso ao órgão judicial. O conceito, entretanto, vem evoluindo e se ampliando, incorporando aspectos de justiça social, expressando, desta forma, a "possibilidade de viver em uma ordem social que garanta a cada pessoa um mínimo necessário a sua dignidade"[24].

Mauro Cappelletti e Bryant Garth construíram o moderno conteúdo e significado do acesso à Justiça, assinalando que a definição serve para indicar duas finalidades do sistema jurídico: estar disponível a todos e produzir resultados favoráveis e socialmente justos[25]. Investigando a questão do acesso à justiça em vários países, os autores do Projeto Florença, apontaram obstáculos, comuns a diversos países, que impedem a plena tutela dos direitos subjetivos: a) custas judiciais (e demora agravando custas); b) possibilidades individuais dos litigantes — conhecimento, recursos e desigualdade de condições; e c) problemas especiais da proteção dos direitos difusos.

As custas judiciais constituem um dos principais fatores que desestimulam o cidadão a procurar a Justiça, uma vez que não existe proporção entre o valor da causa e o custo do processo. "Estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis"[26].

Outro problema destacado é a morosidade da Justiça, freqüentemente associada ao excesso de formalismo do Poder Judiciário, e comumente apontada como fator de descrença da população brasileira neste Poder.

O segundo aspecto apontado reside nas possibilidades individuais dos litigantes (conhecimento, recursos e desigualdade de condições). Com efeito, não há como se dissociar o acesso à justiça do direito à informação, sobretu-

---

[24] SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. Acesso à Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 124, p. 9-11, out./dez. 1994.

[25] "A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam socialmente justos." CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8.

[26] SOUZA SANTOS, Boaventura. Introdução à sociologia da administração da Justiça. *Revista de Processo*, v. 37, p. 126.

do da informação acerca da existência de eventuais direitos. Todavia, a complexidade e dispersão das normas brasileiras acaba por dificultar o exercício deste direito, mesmo para aqueles indivíduos que possuem melhor condição socioeconômica.

Neste contexto, importante salientar as considerações de José Augusto Delgado sobre a necessidade de simplificação do direito: "As leis devem ser mais claras e concentrarem, em um só diploma, todo o regulamento da situação ou das situações de fato por ela alcançadas. Além de facilitar sua compreensão, permitirá a sua interpretação sistêmica, tudo a favorecer o ser a quem ela se destina — o cidadão"[27].

Contribuem, ainda, para afastar o cidadão da Justiça o sentimento de intimidação que os cidadãos mais humildes têm diante do Poder Judiciário, sua relutância em procurar órgãos oficiais para esclarecimento e a falta de confiança na figura do advogado. Com relação às pessoas com deficiências, somem-se a estas eventuais dificuldades adicionais de acesso físico e a necessidade de representantes ou intérpretes, em alguns casos.

Além destes pontos assinalados, Galanter citado por Mauro Cappelletti[28], destaca as vantagens que litigantes habituais têm sobre os eventuais. Os litigantes habituais são aqueles que freqüentemente utilizam o Poder Judiciário. Inicialmente, têm maior experiência com o Direito, o que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; têm economia de escala porque têm mais casos; têm oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; podem diluir os riscos da demanda; podem testar estratégias, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. A pesquisa desenvolvida permite afirmar que as pessoas com deficiência não podem se valer destas vantagens. Com efeito, são litigantes eventuais, que ingressam com ações para tutelar direitos individuais.

Finalmente, um terceiro obstáculo apontado diz respeito aos problemas especiais da proteção dos direitos difusos.

Em sua origem, os sistemas jurídicos foram pautados pelo individualismo e mostram-se inadequados para a solução de conflitos nas sociedades complexas. Nestas, os ditos direitos metaindividuais e coletivos surgem em leis especiais, e se espraiaram a ponto de não haver hoje Constituição demo-

---

[27] DELGADO, José Augusto. Acesso à justiça — Um direito da cidadania. *Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 26, jan./jun. 1997.

[28] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grace. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 25.

crática moderna que não insira, no capítulo sobre liberdades fundamentais, direitos e deveres sociais e coletivos. A estes valores coletivos devem corresponder novos tipos de tutela, não confiados exclusivamente à iniciativa individual[29]. Uma verdadeira revolução nos conceitos tradicionais do processo se faz necessária, passando por itens como a legitimação para agir, o princípio do contraditório, os efeitos da decisão, entre outros.

Assim, diante desta necessidade, o direito processual viu-se obrigado a criar instrumentos eficazes para regular direitos coletivos e difusos, capazes de tutelar interesses supra-individuais, compensando o desequilíbrio das forças processuais.

No Brasil, na década de 80, foi criada a ação civil pública para tutelar interesses desta natureza. Todavia, até os dias atuais o sistema jurídico brasileiro não está totalmente preparado para absorver a cultura dos direitos difusos. Pelo menos quanto aos direitos das pessoas com deficiência, esta afirmação é corroborada pelos resultados da análise jurisprudencial, que demonstraram que o uso da ação civil pública ainda é inexpressivo.

As dificuldades de acesso à justiça apontadas pela doutrina foram confirmadas nas consultas aos representantes de associações de pessoas com deficiência. Em uníssono, os entrevistados relataram experiências que revelavam a morosidade da justiça e o descrédito geral deste Poder perante a sociedade; a ausência de recursos financeiros para as custas do processo; a ausência de assessoria jurídica; a falta de tempo em face da rotina da ONG; a negativa de apoio por parte do Ministério Público; a alta rotatividade dos promotores de justiça; a ausência de contato entre os operadores do direito e a realidade destas pessoas; o isolamento dos juízes; e a falta de consciência social.

De modo previsível, todos os entrevistados afirmaram buscar alternativas ao Poder Judiciário diante das dificuldades enfrentadas para ingressar em juízo: acordos extrajudiciais, contatos com governantes e ameaças de recorrer à imprensa foram alternativas consideradas mais efetivas e ágeis do que a via jurisdicional.

Apesar da relevância de todos os obstáculos apontados, considera-se que o aspecto mais importante revelado nas entrevistas consiste na necessidade de existir uma cultura de inclusão social, sem a qual não há possibilidade de serem consagrados os direitos das pessoas com deficiência.

---

[29] Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., 1977, p. 132.

8. Conclusão

Considerando a investigação desenvolvida, pode-se afirmar que o Poder Legislativo Federal cumpre com seu papel ao elaborar normas que, em sua maioria, atendem ao objetivo de proteção às pessoas com deficiência.

O Poder Executivo, por sua vez, elabora programas, mas ao mesmo tempo deixa de cumpri-los e observá-los, sendo certo que é o Poder que mais viola os direitos deste grupo.

O Poder Judiciário, por seu turno, tem acompanhado a evolução normativa e vem reconhecendo e dando efetividade a estes direitos. É ele, com sua força vinculante, um importante meio para fazer com que o Poder Executivo cumpra as obrigações constitucionais e internacionais as quais está adstrito. Contudo, este Poder só pode agir mediante provocação. O grande problema, nesta esfera, é a existência de sérios obstáculos ao acesso à justiça — causados muitas vezes pelo próprio Judiciário.

Porém, a maior dificuldade está na ausência de conscientização da sociedade, bem como no desenvolvimento de uma cultura inclusiva, os mais eficazes meios de garantir o respeito às pessoas com deficiência. Nesse sentido, a advertência de Cláudia Maximino[30]: "A luta das pessoas com deficiência não se restringe apenas às esferas de Poder, é preciso muito mais: combater o preconceito e motivar a conscientização não apenas do Poder Público, mas de toda a população".

---

[30] Presidente da Associação Brasileira de Portadores de Síndrome da Talidomida.